

Una mirada crítica a la figura del llamamiento de oficio de presuntos responsables desde el análisis económico del derecho¹

JULIANA VELASCO GREGORY
julivelal@gmail.com

RESUMEN

La figura del llamamiento de oficio de otros presuntos responsables, introducida dentro del marco jurídico de las acciones de grupo, ha generado un cisma en materia procesal al atribuirle al juez una facultad que estaba, hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 472 de 1998, exclusivamente en manos del demandante. Esta figura fue consagrada en el marco jurídico de las acciones de grupo con el objetivo de servir como herramienta para que el juez pueda poner en pie de igualdad a las partes, no obstante, la regulación legal de la misma fue muy escueta y su estructuración normativa quedó en manos de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Este texto busca, a través del uso de análisis económico del derecho y a la luz de nuestro régimen de responsabilidad civil, verificar si la manera como la norma objeto de análisis ha sido estructurada por la jurisprudencia permite, en su aplicación práctica, cumplir con las finalidades que la inspiran, respetando los derechos a la igual-

dad y al debido proceso de los vinculados en calidad de presuntos responsables. Así mismo, en el texto se proponen algunas modificaciones a la figura que permiten que la misma funcione de forma mucho más eficiente y coherente respecto de nuestro sistema procesal y de responsabilidad civil. Dichos cambios sólo pueden hacerse efectivos si se flexibiliza la mentalidad procesal de los operadores jurídicos.

Palabras Claves: Llamamiento de oficio de presuntos responsables, acciones de grupo, análisis económico del derecho aplicado a figuras procesales, flexibilización del derecho procesal.

ABSTRACT

The legal figure of "judicial entailment of third parties", introduced within the framework of class actions has led to a schism of procedural law. It has increased the power of judges by giving them an ability which, before law 472, was exclusively in the hands of the plaintiff. This ability aimed

to aid judges in guaranteeing the procedural equality of both parties. HOWEVER, the legal regulation of this new faculty was scant and its normative structure was left to the jurisprudence of the "Consejo de Estado". In this paper we study this legal figure from the viewpoint of economical analysis of the law and the Colombian torts law. Our aim is to determine whether this norm, as structured by jurisprudence, accomplishes the goals and objectives that inspired it while respecting the rights to equality and due process of those entailed to processes as third parties. We propose some modifications to this legal figure allowing it to work more efficiently and in a manner coherent with Colombian procedural law and torts law. These changes can only be made effective by making the procedural mentality of judicial operators more flexible.

Keywords: Judicial entailment of third parties, Class actions, Economical analysis of procedural law, flexibilization of procedural law.

INTRODUCCIÓN

La facultad atribuida al juez, en el marco jurídico de las acciones de grupo, de llamar de oficio a otros presuntos responsables² ha constituido un cisma a nivel procesal al atribuirle al juez una facultad que, de conformidad con nuestro código de procedimiento civil, estaba exclusivamente en manos del demandante.

El estudio de esta figura asume particular importancia si se tienen en cuenta que las acciones de grupo son un mecanismo idóneo para lograr la reparación de las víctimas de daños masivos en donde negociar directamente los daños con cada uno de los afectados es particularmente costoso. Por tal

motivo, la ley viene a suplir esa imposibilidad de negociación particular y es por ello que esa ley debe ser eficiente en la solución de este tipo de controversias³. La facultad oficiosa de vincular a otros posibles responsables fue introducida con el objetivo de favorecer a la parte actora (entendida como parte débil) en el proceso. El llamamiento de oficio del presunto responsable tenía como finalidad corregir los yerros que la demanda pudiera tener en relación con la identificación del individuo que hubiera ocasionado los daños masivos, y asegurar la reparación de las víctimas al comprometer otros patrimonios adicionales⁴. No obstante lo anterior, la indeterminación de la ley y las interpretaciones dadas a la disposición normativa⁵ por el Consejo de Estado han llevado a que el uso de esta figura viole los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de quien sea vinculado bajo la calidad de presunto responsable, llevando a "soluciones" que al final resultan ineficientes y perjudican a ambas partes, en la medida en que llevan, en muchos casos, a indemnizar a quien realmente no ha sufrido un daño y/o a condenar a quien no lo ha generado.

Ante este panorama, la pregunta que surge es si la figura operaría mejor haciéndole algunos ajustes, o debe mantenerse tal cual ha sido concebida. Para contestar esta pregunta se analizará la figura del llamamiento de oficio de otros presuntos responsables a la luz de nuestro régimen de responsabilidad civil y, para ello, me serviré del análisis económico del derecho (en adelante AED). Este escrito se desarrollará en tres partes:

En la primera parte se describirá a grandes rasgos, la configuración normativa que se le ha dado a la figura del llamamiento de oficio de otros presuntos responsables. Dicha descripción la haremos teniendo en

cuenta una postura teórica que parte del presupuesto de que los casos admiten una pluralidad de soluciones "correctas"⁶ que surgen de las diversas interpretaciones que de las normas sustanciales y procesales realizan los operadores jurídicos.

En la segunda parte, aplicaremos el AED, a la luz de nuestro régimen de responsabilidad civil, a dos escenarios prácticos en los cuales, bajo la configuración normativa actual, es factible que el juez haga uso de la facultad oficiosa de vincular al proceso a otros posibles responsables. Dicha aplicación nos dará como resultado una serie de consideraciones que nos permitirán, en la parte final de este escrito, proponer las modificaciones que permitan que la norma objeto de análisis sea eficiente y, en consecuencia, cumpla con los objetivos que en teoría la inspiran.

En la parte final de este escrito, con base en las consideraciones realizadas al analizar los escenarios prácticos en los cuales, bajo la configuración actual, es factible que el juez haga uso de la facultad oficiosa de vincular a otros presuntos responsables, propondremos algunos cambios a la disposición objeto de análisis, así como los mecanismos que consideramos útiles para la realización efectiva de dichos cambios.

I. DESCRIPCIÓN DE LA FIGURA DEL LLAMAMIENTO DE OFICIO DEL PRESUNTO RESPONSABLE.

La figura del llamamiento de oficio de otros posibles responsables, en relación con las acciones de grupo⁷, ha sido consagrada por el parágrafo del artículo 52 de la Ley 472 de 1998. La norma mencionada permite que el juez de primera instancia vincule al proceso, como parte pasiva, a quienes considere posibles responsables de los hechos

que generaron los perjuicios que se reclaman a través de la acción de grupo objeto de su conocimiento. Tal vinculación podrá realizarla hasta antes de dictar sentencia de primera instancia⁸.

En el proceso legislativo de formación de la norma se dieron varias discusiones, pues en el proyecto inicial se planteó la posibilidad de presentar la demanda cumpliendo los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil (en adelante C.P.C) o del Código Contencioso Administrativo (en adelante C.C.A) según el caso, y expresar algunos datos adicionales, entre ellos, el nombre de todos los individuos de un mismo grupo o los criterios para identificarlos, un estimativo del valor de los perjuicios. En el parágrafo final se consagró la facultad especial del juez de llamar a otros posibles responsables⁹.

Frente a esta situación, en las discusiones en el Congreso se planteó, por parte de FUNDEPÚBLICO y de la ANDI¹⁰ la necesidad de incluir entre los requisitos la identificación del demandado, los hechos de la demanda y las pruebas que se pretendan hacer valer dentro del proceso. Lo anterior puede suponer que se trate de una repetición innecesaria pues el Código de Procedimiento Civil y el Código Contencioso Administrativo consagran los requisitos incluidos en la propuesta de FUNDEPÚBLICO y la ANDI, además, el texto del artículo 52 de la Ley 472 de 1998 obliga expresamente a que la demanda contenga los mismos requisitos exigidos por los códigos mencionados. Consideramos que no se trata de una repetición innecesaria sino de una intención clara de dejar sin efecto lo dispuesto por el parágrafo mencionado.

A pesar de esta intención de la ANDI y Fundepúblico el legislador optó simplemente por incluir los requisitos adicionados

en su propuesta, conservando el párrafo arriba mencionado¹¹.

La disposición creada por el legislador dejó un marco jurídico muy amplio que debió ser llenado por la interpretación jurisprudencial que de la misma hizo el Consejo de Estado. Dos temas cruciales marcan la estructura normativa, jurisprudencialmente otorgada, a la figura del llamamiento de oficio de presuntos responsables, a saber: 1) Los límites a los que debe estar sometido el juez en el ejercicio de la facultad de llamar de oficio a otros presuntos responsables; 2) La posición asumida por el presunto responsable en el proceso.

Frente al primer tema el Consejo de Estado consideró que la decisión de vincular a un individuo en calidad de presunto responsable es una facultad discrecional del juez de primera instancia¹² y que por tal motivo dicha decisión no podía ser revocada por el superior jerárquico¹³.

Frente al segundo tema, aunque fueron varias las posiciones que el Consejo de Estado contempló¹⁴ para determinar la que debía asumir en el proceso el presunto responsable, lo cierto es que terminó optando por asimilar la figura del presunto responsable a la del demandado principal o directo. Ello supone que lo que esté en tela de juicio sea la responsabilidad del presunto responsable y que de allí surja la obligación de reparar los daños generados al grupo. Esta decisión trae además otras consecuencias. En efecto, lo que se pretende tanto del demandado como del presunto responsable es que responda por los daños generados al grupo afectado, porque se considera que ambos participaron en los hechos que generaron los perjuicios. No obstante lo anterior, el demandado sólo puede ser vinculado al proceso por la parte actora en las oportunidades procesales co-

respondientes, mientras que el presunto responsable podrá ser vinculado por el juez de oficio en cualquier momento a lo largo de la primera instancia. Adicionalmente, si el actor no indica un demandado, el proceso no se puede iniciar. Si el juez no vincula a otros posibles responsables, el proceso igual se puede iniciar y seguir únicamente en contra del demandado directo.

Las diferencias anotadas traen una serie de efectos prácticos. Lo primero que podemos decir es que la demanda al ser redactada por el actor, teniendo en mente al demandado principal¹⁵, en muchos casos no le resulta del todo oponible al presunto responsable. Adicionalmente, cuando es el demandado quien señala a un individuo como el causante de esos daños lo hace con la convicción de que los daños sufridos le son atribuibles a él. Cuando es el juez quien lo señala, lo hace partiendo de los hechos narrados en la demanda y de la escogencia personal de aquellos que él considera relevantes y con base en ellos es que construye ese primer escalón del nexo de causalidad¹⁶. De otro lado, el actor sólo puede vincular al demandado en la demanda o en su reforma, es decir, al inicio del proceso. El juez en cambio, tiene toda la primera instancia para vincularlo. Tal situación genera inconvenientes para el presunto responsable, en la medida en que muchas veces puede adelantarse la etapa probatoria sin su participación pero las pruebas allí practicadas sí le son oponibles. Este hecho resulta particularmente gravoso en casos complejos en donde los hechos de la demanda o las pretensiones, que se buscan probar o desvirtuar con las pruebas, han sido redactados teniendo en mente a un demandado directo cuya naturaleza y forma de participación en los hechos resulta ser diferente a la del presunto responsable.

Todo lo aquí mencionado lo explicaremos de forma puntual en la Segunda Parte de este escrito al analizar la manera como puede aplicarse la norma a escenarios prácticos.

II. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL LLAMAMIENTO DE OFICIO DEL PRESUNTO RESPONSABLE A TRAVÉS DE ALGUNOS ESCENARIOS EJEMPLIFICATIVOS: EL CUMPLIMIENTO DE LOS FINES IDEALES DE LA NORMA.

Los jueces, en ejercicio de su función interpretativa¹⁷, buscan la solución jurídica a un problema puesto a su consideración. Dicha solución supone necesariamente que se adjudique el derecho en disputa a una u otra parte. La adjudicación deberá hacerse siguiendo una forma específica, dictada por las normas procesales vigentes para cada problema, dependiendo de su naturaleza y características. No obstante, esas normas procesales tampoco tienen una forma estática sino que requieren interpretación.

Como explicamos en el acápite anterior, las normas procesales determinan el alcance de las normas sustanciales. Siguiendo esta misma línea de pensamiento, podemos afirmar que la adjudicación del derecho se verá afectada por la norma procesal que se escoja¹⁸ para hacerlo.

Lo aquí explicado resultará muy importante a la hora de analizar la figura del llamamiento de oficio del presunto responsable en relación con las normas sustanciales que pretende hacer efectivas y que de aquí en adelante llamaremos vínculo de responsabilidad.

En relación con el vínculo de responsabilidad debemos decir que el mismo dibuja un principio de adjudicación, conforme al

cual, quien genera los daños está obligado a repararlos. No obstante, no se trata de una regla de adjudicación infranqueable, pues la misma estará sometida al cumplimiento en cada caso de una serie de requisitos que nos provee el sistema de responsabilidad civil. Como mínimo deberán probarse en el proceso 3 elementos, a saber: 1. Un daño, 2. Una conducta culposa¹⁹ y 3. Un nexo de causalidad entre la conducta y el daño. Así mismo, la parte demandada podrá aducir causales eximentes de responsabilidad que lleven a concluir que la adjudicación debe ser diferente. De otro lado, la forma que se siga para determinar la adjudicación también afectará ese principio base de adjudicación, al ampliar o restringir su alcance.

En el caso concreto de las acciones de grupo, se parte del presupuesto conforme al cual el autor de los daños será siempre más fuerte que el grupo afectado y, en esa medida, se ha entendido que la intervención judicial deberá operar en favor de las víctimas, para que el autor de los daños no rechace la demanda haciendo uso de su posición privilegiada²⁰. La consagración del llamamiento de oficio del presunto responsable, como vimos atrás, permite una intervención adicional del Juez, para poner en pie de igualdad a las partes en el proceso, pues permite que sea éste, y no sólo la parte, quien señale quiénes deben integrar la parte pasiva de la acción. En líneas generales, el parágrafo del artículo 52 de la Ley 472 de 1998 plantea una forma diferente de ejecutar y entender el vínculo de responsabilidad.

Entender la adjudicación de derechos que surge de la aplicación de una norma procesal, nos permite analizarla a través de tres criterios propios del análisis económico del derecho (en adelante AED) como son: la eficiencia económica²¹, las preferencias

distributivas²² y aquello que CALABRESI y MELAMED denominan "otras consideraciones de justicia"²³. Dichos criterios, serán muy importantes para confrontar las finalidades ideales que, supuestamente, la norma ejecuta y los efectos que en la práctica tiene la misma.

En este contexto, lo primero que debemos hacer es identificar cuáles son los fines ideales que con la consagración de esta norma se pretenden cumplir.

A. Finalidades de la norma que consagra el llamamiento de oficio del presunto responsable en el campo de las acciones de grupo.

La primera consideración que podemos hacer y que surge como conclusión de lo atrás explicado es que la norma objeto de estudio es el medio para hacer efectivas las reglas de responsabilidad y a su vez afecta su alcance. Esta afirmación nos permite concluir entonces que la norma que consagra la posibilidad de llamar de oficio a los presuntos responsables, tendrá por objeto cumplir las finalidades generales que se predicán de toda norma de responsabilidad civil, a saber²⁴:

1. Finalidad Preventiva: Reducción del número y de la gravedad de los accidentes, o "reducción primaria de los costos". Lo anterior se pretende materializar a través del uso de dos técnicas: a. Prevención general por medio del mercado, como arreglo institucional que permite limitar o prohibir algunas actividades que se entiendan como particularmente peligrosas y b. Prevención específica o método colectivo que consiste en encarecer el ejercicio de dichas actividades para desincentivarlas.

2. Finalidad Indemnizatoria: Reducción de los costos sociales que se deriven de la ocurrencia de accidentes, esto es lo que comúnmente se conoce como la satisfacción del derecho de las víctimas a ser reparadas²⁵. Se materializa a través de dos métodos: a. método del fraccionamiento que supone dividir el costo que causen los accidentes entre varios sujetos y b. método de la buena bolsa (<<deep pocket>>) que consiste en imputar el costo de las pérdidas a los grupos sociales que están mejor protegidos contra las mismas²⁶.
3. Reducción de los costos de administrar los accidentes²⁷ lo cual significa averiguar si los métodos particulares propuestos para cumplir con los primeros dos fines producen más beneficios que los costos administrativos para solventarlos.

Las finalidades arriba mencionadas también han sido tomadas en cuenta por los juristas quienes a pesar de no haber hablado de costos primarios y secundarios sí se han referido a los objetivos que debe cumplir la responsabilidad civil, en los siguientes términos: *"La responsabilidad civil es la obligación de responder ante la justicia por un daño, y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima. Su objetivo principal es la reparación, que consiste en restablecer el equilibrio que había sido roto, por el autor del daño, entre su patrimonio y el de la víctima, presenta también un aspecto preventivo (que conduce a los ciudadanos a actuar con prudencia, a fin de evitar el compromiso de su responsabilidad). La responsabilidad civil permite también diluir la carga de un daño, cuando es inequitativo que este sea soportado por quien lo ha causado (por la vía de la Seguridad Social y del Seguro)"*²⁸.

B. Aplicación del AED a dos escenarios ejemplificativos

Establecidas las finalidades que pretende cumplir la norma, entremos en materia. Hemos decidido abordar las consecuencias que surgen, a nivel práctico, del hecho de haber permitido que la decisión de vincular a los presuntos responsables quede al libre arbitrio del juez de primera instancia y del hecho de haber asimilado al presunto responsable con el demandado. Como explicamos atrás, evaluaremos estas situaciones desde el punto de vista de la adjudicación de derechos y las finalidades ideales que pretende cumplir la norma en dos escenarios prácticos disímiles que, como veremos más adelante, nos permiten construir una tipología de escenarios.

Escenario 1.

Un grupo de individuos que resulta perjudicado por una modificación realizada por una entidad financiera (X) a los servicios que viene prestando, demanda a la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC) por considerar que la misma incumplió con sus labores de vigilancia y control sobre la entidad mencionada. El juez al conocer del asunto vincula en calidad de presunto responsable a la entidad financiera X.

La regulación actual permite perfectamente la vinculación de X, a pesar de que en efecto puede considerarse que en la generación de los daños participó X, en la medida en que si no hubiera modificado los servicios que venía prestando, el grupo no hubiera resultado lesionado. No obstante lo anterior, es importante tener en cuenta algunas consideraciones prácticas: cuando el actor redacta la demanda lo hace teniendo en

mente al demandado, en este caso a la SFC, esto supone que tanto los hechos como las pretensiones estén dirigidas a establecer la responsabilidad de la SFC y no de X, razón por la cual en muchas ocasiones la demanda no será oponible a X. Puede pensarse por ejemplo en la siguiente pretensión: Que se declare la responsabilidad de la SFC por haber incumplido con sus labores de vigilancia y control. Frente a esta pretensión lo único que X, como presunto demandado podría contestar es: A mí no se me puede imputar responsabilidad porque yo no tengo labores de vigilancia y control.

Esta situación podría repercutir en contra de los actores, en la medida en que tal cual ha sido redactada la demanda sería ino-cua respecto de la entidad financiera X. En este caso no podría cumplirse con ninguna de las finalidades buscadas por la norma, en efecto, no podría asegurarse la reparación con la vinculación de otro patrimonio.

Desde el punto de vista del presunto responsable, el panorama tampoco resulta ser mejor. De existir una condena, estaríamos frente a una clara violación del derecho de defensa, pues para poder responder por los daños ocasionados el individuo tiene que saber de forma clara los hechos y las pretensiones que se aducen en su contra. En este caso dicha situación no se da pues la manera como se notifica al presunto responsable es la misma que se usa para el demandado, lo cual implica que únicamente se le dé copia de la demanda y sus anexos. Como explicamos anteriormente, esto trae un problema práctico que resulta insuperable y es que la demanda ha sido redactada teniendo en cuenta que el demandado es la SFC y no X.

Desde el punto de vista de la asignación de derechos consideramos que la misma sí resulta deseable, pues de haber existido da-

ños los mismos han sido ocasionados tanto por la actividad del banco como por la inactividad de la superintendencia financiera. No obstante lo anterior, consideramos que la norma genera una excesiva exigencia de cuidado para la entidad financiera, pues si quiere evitar que la vinculen en calidad de presunto responsable tendría que consultar a la superintendencia cada uno de los movimientos que pretendiera hacer, para evitar que la omisión de la superintendencia pudiera llegar a comprometer su responsabilidad. Ello resulta muy negativo no sólo porque la entidad financiera no puede ejercer su actividad con la agilidad que exige el mercado sino porque además el número de consultas puede llegar a ser muy vasto y la superintendencia puede no tener la capacidad para atenderlas.

Escenario 2

Un grupo de individuos habita en la rivera de un río y su principal actividad económica es la pesca. Dicho río además es una fuente muy importante que provee oro, dos multinacionales (A y B), establecidas a la orilla del mismo, explotan allí dicho metal. Para tal fin, se sirven de dos procedimientos diferentes. El procedimiento utilizado por la primera multinacional es altamente contaminante y como consecuencia del mismo disminuye sustancialmente la cantidad de peces en el río, afectando la economía del grupo rivereno. La segunda multinacional, en cambio, utiliza un procedimiento que no contamina en lo absoluto dicho río. No obstante, el grupo afectado cree que los daños se deben a la manera como la segunda multinacional explota el oro y por lo tanto procede a demandarla. El juez durante la primera instancia establece que el individuo demandado no tiene responsabilidad por los

hechos aducidos en la demanda y que quien debió ser demandada fue la primera multinacional, así que procede a vincularla.

Aunque este escenario no resulta ser en realidad muy frecuente, es tal vez aquél en el cual se presenta de forma más beneficiosa el hecho de que el juez tenga la facultad de llamar a presuntos responsables de forma discrecional, pues ese amplio margen de libertad se traduce en la posibilidad de vincular a los verdaderos responsables, cumpliendo así una de las finalidades más interesantes de la figura que es la de poner en pie de igualdad a las partes, lo que se traduce en lograr para el grupo afectado la reparación de los perjuicios. Así mismo evita que se concluyan procesos con sentencias meramente formales²⁹ y se congestione la jurisdicción con procesos que no van a dar solución a los problemas planteados y a los daños efectivamente ocasionados.

De otro lado, como se trata de la vinculación de los verdaderos responsables, resulta beneficioso para ambas partes que se aplique al presunto responsable el mismo régimen jurídico que al demandado. Pues efectivamente lo que se está ventilado es su posible responsabilidad, pero adicionalmente los hechos y pretensiones de la demanda le son completamente oponibles.

Esta situación propugna además por una asignación de derechos que resulta más acorde con el principio de asignación que constituyen las normas de responsabilidad en que se fundamenta nuestro ordenamiento jurídico. Pues atribuye la obligación de reparar los daños a quien realmente la tiene.

Así mismo, en relación con la disminución de los costos administrativos, cabe anotar que, en este caso, llamar de oficio al presunto responsable trae como consecuen-

cia que se ahorren costos en el movimiento del aparato judicial; pues se logra en un solo proceso determinar que el demandado directo no es el responsable pero que ese responsable, si existe, se le puede hacer comparecer. Adicionalmente, el uso de la figura en este escenario reduce los costos de transacción que supone, para los actores, determinar a quién se debe demandar. Si se siguiera en cambio el régimen que consagra el CPC y el CCA, esto no sería posible pues si en un proceso se demuestra que el demandado directo no es el responsable, simplemente se dicta una sentencia absolutoria y si se quiere perseguir la responsabilidad de otro sujeto por esos daños, se tiene que iniciar un nuevo proceso.

C. Identificación de un mínimo común denominador existente entre los escenarios ejemplificativos, que permite que en todos ellos el juez pueda vincular de oficio, a otros presuntos responsables

Establecidos los dos escenarios anteriores, resulta importante establecer cuál es el elemento que los mismos tienen en común y qué permite que la norma pueda ser aplicada en situaciones tan disímiles.

En pro de dar una respuesta satisfactoria a esta pregunta, resulta necesario abordar nuevamente el tema del nexo de causalidad o como lo llama la Ley 472 de 1998, la causa del daño. La norma procesal objeto de análisis faculta al juez para determinar la presencia de un posible nexo de causalidad y señalar al posible responsable vinculándolo al proceso para que, de ser hallado responsable, cumpla con la obligación indemnizatoria, respecto de los perjuicios que suscitaron la acción. El juez, para establecer la causa del daño, debe tener en cuenta dos elemen-

tos: de un lado los hechos narrados en la demanda, en relación con las pretensiones esgrimidas en la misma y, así mismo, debe filtrar esa información a través de una de las teorías de la causalidad³⁰ que escoja.

En primer término, consideramos que la demanda tiene que ser para el juez la carta de navegación y que, aunque es inevitable que el juez interprete de forma extensiva o restrictiva lo allí expresado, esa interpretación debe atenerse en la medida de lo posible, a los parámetros literales allí consignados. Adicionalmente, la escogencia de la teoría de la causalidad tampoco puede ser del todo arbitraria y creemos que debería ajustarse a la tendencia que la jurisprudencia de forma mayoritaria ha acogido, es decir, la teoría de la causalidad adecuada. De otro lado, el funcionario judicial debe evaluar las consecuencias que tiene la aplicación de la norma en cada caso concreto así mismo no debe perder de vista las finalidades que la norma debe cumplir.

Adicional a lo anteriormente dicho, cabe anotar que el factor que genera estos escenarios disímiles radica en las diferencias que existen entre los individuos que causan el daño, lo que lleva a que en algunos casos la exigencia de responsabilidad a unos —entiéndase demandados directos- y otros—entiéndase vinculados de oficio en calidad de presuntos responsables- sea comparable mientras que en otros no. Por esta razón, hemos decidido proponer una tipología que describa las mencionadas relaciones y que nos permita dilucidar en la tercera parte de este trabajo, cuáles son los mecanismos necesarios para adecuar la norma al cumplimiento de las finalidades teniendo en cuenta y, por lo tanto, conciliando las diferencias mencionadas.

D. Tipología de escenarios según la relación entre los individuos que causan el daño: escenarios verticales y horizontales y sus consecuencias procesales.

Desde el punto de vista de las relaciones existentes entre las partes que causan el daño (demandado directo y presunto responsable), resulta plausible distinguir entre dos tipos de escenarios que llamaremos escenarios verticales y escenarios horizontales. Los primeros corresponden a situaciones en donde quien es vinculado al proceso en calidad de presunto responsable ejerce una actividad distinta a la del demandado directo, y por tal motivo puede exigírseles un grado de cuidado diferente que no puede ser comparable, es el caso de nuestro escenario 1. Los segundos corresponden a situaciones en donde quien es vinculado al proceso en calidad de presunto responsable ejerce la misma actividad que el demandado principal y por lo tanto un mismo grado de cuidado que resulta comparable entre sí. Es el caso de nuestro escenario 2.

Podemos decir, en líneas generales, que la aplicación de la figura del llamamiento de oficio a otros presuntos responsables, tal cual ha sido concebida por el Consejo de Estado, opera en mejor forma frente a escenarios horizontales que como lo hace en presencia de escenarios verticales.

En los escenarios horizontales, como vimos atrás, resulta factible aplicar la norma con la regulación que le dio el Consejo de Estado sin violar el derecho de defensa de los presuntos responsables, en la medida en que por tratarse de supuestos daños que derivan de una conducta igual desplegada tanto por el demandado principal como por el presunto responsable, a ambos resulta perfectamente oponible el texto de la demanda.

Ello se traduce en el hecho de que ambos sujetos conozcan plenamente los hechos y cargos que se le imputa y en esa medida puedan estructurar en debida forma su defensa. Así mismo, en relación con el recurso que puede instaurarse en contra del auto admisorio de la demanda, el hecho de que solo proceda la reposición no va en contra del derecho de defensa del o los presuntos responsables por cuanto realmente están en las mismas condiciones que el demandado directo. Es así como el derecho a la igualdad también se ve protegido.

En relación con los escenarios verticales, nos encontramos frente a una situación en la cual la imputación de responsabilidad que se pretende hacer al demandado principal y al presunto responsable, se fundamenta en el hecho de haber desplegado conductas diferentes entre sí que no resultan comparables. Esta situación la vemos presente en situaciones en las cuales a uno de los sujetos mencionados se le endilga una responsabilidad por una omisión y al otro por una acción o cuando, aunque a ambos se les endilgue una acción o una omisión, las mismas son diferentes entre sí.

En estos escenarios, no resulta factible aplicar la norma que faculta al juez para llamar de oficio a otros presuntos responsables, cuando el texto de la demanda ha sido redactado con el objetivo de imputar responsabilidad al demandado directo. Ello por cuanto ni los hechos ni las pretensiones resultan oponibles y, de hacerlo, se estaría conculcando los derechos a la igualdad y a la defensa de los presuntos responsables.

Para superar, respecto de los escenarios verticales, los problemas que hemos identificado, consideramos necesario proponer una serie de modificaciones que nos permitan equiparar los niveles de cuidado exigibles

al demandado principal y al presunto responsable.

III. PROPUESTAS PARA MODIFICAR LA NORMA DEL LLAMAMIENTO DE OFICIO AL PRESUNTO RESPONSABLE

En este aparte nos proponemos sugerir algunos cambios para la figura del llamamiento de oficio del presunto responsable que permitan que la norma cumpla con las finalidades ideales que la inspiran, que permita una adjudicación de derechos deseable y que exija un nivel de cuidado comparable con el exigido al demandado principal, conforme al cual la norma sea suficiente para evitar daños masivos pero que no afecte las actividades económicas que pueden generar esos daños.

La manera como abordaremos este tema será el siguiente: Lo primero será expresar cuáles son las razones que nos permiten afirmar que la norma del llamamiento de oficio de otros presuntos responsables es necesaria para cumplir el cometido de las acciones de grupo, para tal fin nos preguntaremos cuáles son las razones para no volver al régimen establecido por el CPC y por el CCA. Lo segundo será ponerle algunos parámetros a la discrecionalidad del juez y lo tercero plantear algunos cuestionamientos sobre la naturaleza propia de los presuntos responsables.

A. ¿Por qué no retornar al régimen procesal establecido por el CPC y el CCA?

Regresar a este sistema supondría que suprimiéramos la figura del llamamiento de oficio de otros presuntos responsables. Así mismo,

volveríamos al régimen anterior conforme al cual señalar al demandado estaba en manos exclusivamente del actor quien podía hacerlo sólo en las oportunidades procesales correspondientes.

Si trasladamos este esquema procesal al campo de las acciones de grupo, lo primero que podríamos notar es que una regla en este sentido opera en contra de actor, desconociendo uno de los postulados que inspira las acciones de grupo cual es el de reconocer la existencia de una parte débil (el actor) que merece especial protección respecto de una parte fuerte (el demandado). En efecto, dejar el señalamiento del demandado en cabeza del actor, supone que si ese señalamiento es erróneo, el actor deba cargar con las consecuencias de ese error. De un lado el actor no podrá hacer efectiva la pretensión indemnizatoria, es decir que tendrá que cargar con los costos de esos daños. De otro lado, si quiere dirigirse contra el verdadero responsable deberá hacerlo iniciando un nuevo proceso en su contra, pero dicho proceso estará sometido a la posible ocurrencia de una caducidad. Así mismo, si el señalamiento no es errado pero el señalado no es el único que generó los daños, los actores sólo puedan obtener la reparación del demandado. Si ese demandado resulta insolvente, los actores no podrán obtener la satisfacción de la obligación indemnizatoria.

Suprimir la figura del llamamiento de oficio de otros presuntos responsables imposibilitaría totalmente el que se pudieran dar inclusive los escenarios horizontales, en los cuales, como hemos visto, el llamamiento de oficio de presuntos responsables es eficiente y provee una adjudicación de derechos deseable.

B. Parámetros para el juez en lo que hace a la determinación del nexo de causalidad

Como explicamos anteriormente, la razón por la cual se dan múltiples escenarios en los cuales la norma se aplica de forma disímil, obedece a la discrecionalidad que tiene el juez tanto en la interpretación de la demanda, como en la escogencia de la teoría de la causalidad que va a aplicar para identificar el nexo de causalidad en cada caso concreto.

Aquí no resulta suficiente establecer cuál es la teoría de la causalidad que debe usarse. Como dijimos en la segunda parte, creemos que debe ser la de la causalidad adecuada, pero dicha decisión no termina con los problemas que hemos identificado. En efecto, la teoría de la causalidad adecuada supone que se haga, a posteriori, un examen que consiste en *"preguntarse retrospectivamente si era objetivamente posible pensar que tal hecho provocaría normalmente este efecto dañino"*³¹. Este tipo de análisis recibe, por parte del profesor LE TOURNEAU, una fuerte crítica por cuanto él considera que *"El carácter totalmente artificial y abstracto del examen retroactivo debería bastar para no admitir esta teoría si no es con prudencia y circunspección"*³²

Consideramos que tal prudencia y circunspección sugieren que la interpretación que haga el juez de los hechos de la demanda se haga en concordancia con las pretensiones, es decir, con lo que quiere la parte actora, para evitar situaciones como la que hemos referido al estudiar el escenario 1. Consideramos que no deben darse situaciones en las que se abra la posibilidad de una adjudicación de derechos a quien no los ha solicitado, pues ello supondría que el juez asumiera un papel que no le corresponde cual es el de iniciar la acción³³.

Así mismo, el nexo de causalidad debe reunir una serie de características entre ellas el hecho de ser cierto y directo. Aunque el señalamiento de los presuntos responsables no requiere de una certeza plena, sí creemos que, como bien lo ha sostenido el Consejo de Estado, debe establecerse su existencia durante el curso de la primera instancia. Ello significa que la decisión de vincular a otro presunto responsable no puede obedecer a que dicho sujeto simplemente se mencionó en la demanda sino que el juez adelantó un proceso de averiguación serio que le permitió concluir la posible intervención de otros sujetos en los hechos que generaron la acción. Tal determinación supone tener un grado medio de certeza en la posible intervención y, así mismo, que el perjuicio sea una consecuencia directa de ese actuar.

Adicionalmente, al momento de establecer el nexo de causalidad, el juez deberá tener en cuenta las consideraciones de eficiencia y de adjudicación de derechos que hemos explicado al abordar los escenarios ejemplificativos.

C. Reconocimiento de las diferencias existentes entre la figura del presunto responsable y el demandado, la necesidad de una regulación autónoma

Como hemos explicado en la primera y segunda parte de este escrito, el tratamiento procesal que recibe el presunto responsable es el mismo que recibe el demandado. No obstante lo anterior, hemos expuesto las diferencias entre ambas figuras. En efecto, lo que se pretende tanto del demandado como del presunto responsable es que responda por los daños generados al grupo afectado, porque se considera que ambos

participaron en los hechos que generaron los perjuicios. Adicionalmente, si el actor no indica a un demandado, el proceso no se puede iniciar. Si el juez no vincula a otros posibles responsables, el proceso igual se puede iniciar y seguir únicamente en contra del demandado directo.

Así mismo, hemos concluido que dichas diferencias traen una serie de consecuencias. Lo primero que podemos decir es que la demanda al ser redactada por el actor, teniendo en mente al demandado principal, en muchos casos, no le resulta del todo oponible al presunto responsable. Adicionalmente, cuando es el demandado quien señala a un individuo como el causante de esos daños lo hace con la convicción de que los daños sufridos le son atribuibles a él. Cuando es el juez quien lo señala lo hace partiendo de los hechos narrados en la demanda y de la escogencia personal de aquellos que él considera relevantes (con base en la teoría de la causalidad que escoja) y con base en ellos es que construye ese primer escalón del nexo de causalidad.

De otro lado, el actor sólo puede vincular al demandado en la demanda o en su reforma, es decir, al inicio del proceso. El juez en cambio tiene toda la primera instancia para vincularlo. Tal situación genera inconvenientes para el presunto responsable, en la medida en que muchas veces puede adelantarse la etapa probatoria sin su participación pero las pruebas allí practicadas sí le son oponibles. Este hecho resulta particularmente gravoso en casos complejos en donde los hechos de la demanda o las pretensiones, que se busca probar o desvirtuar con las pruebas, han sido redactados teniendo en mente a un demandado directo cuya naturaleza y forma de participación

en los hechos resulta ser diferente a la del presunto responsable.

Adicionalmente, el auto admisorio de la demanda únicamente admite recurso de reposición que -como es sabido, rara vez prospera tal situación-, hace que sea más difícil para el presunto responsable liberarse de la vinculación, en especial si nos encontramos en presencia de escenarios verticales lo anterior aunado al hecho de que la motivación del auto admisorio de la demanda no puede ser la misma que la motivación del auto que vincula a otros presuntos responsables. No obstante lo anterior, en la práctica, la tendencia acogida por los jueces ha sido la de no motivar el auto que decide la vinculación, y, simplemente, notificar personalmente el auto admisorio de la demanda y correrle traslado al presunto responsable en los mismos términos que al demandado principal.

Dadas las razones atrás expuestas, proponemos que se reconozcan las diferencias existentes entre ambas figuras y que no se les apliquen normas que vayan en contra de su naturaleza y que violen el derecho fundamental al debido proceso que se encuentra en cabeza del presunto responsable.

Pasemos entonces a exponer de forma concreta los cambios que creemos deben ser implementados. Consideramos que, en virtud de esa naturaleza diferente y en cumplimiento del postulado que indica que debe primar el derecho sustancial sobre el derecho procesal, la primera modificación que debe realizarse es la de conceder el recurso de apelación en contra del auto que vincule a otros presuntos responsables. Permitir que el juez de segunda instancia evalúe las razones que tuvo el juez de primera instancia para vincular al presunto responsable,

constituye una garantía, no sólo para el vinculado sino también para el proceso. En efecto, el juez de segunda instancia podrá verificar si el nexo de causalidad ha sido estructurado en debida forma (teniendo en cuenta los criterios mencionados en el aparte anterior) y si la vinculación puede o no ser violatoria del debido proceso. Estas decisiones pueden evitar la presentación de acciones de tutela, así como una posible adjudicación de derechos indeseables (ya sea porque se conceden derechos a quien no los ha pedido o porque se va en contra de quien en realidad es una víctima).

El segundo cambio que consideramos esencial supone que el juez esté obligado a motivar el auto que vincula al presunto responsable, atendiendo a su naturaleza. No basta que se motive el auto admisorio, en el sentido de verificar que se cumplan todos los requisitos de la demanda sino que además se expliquen las razones por las cuales se vinculó al presunto responsable, y que en ellas de manera clara y precisa se establezca la causa de los daños y la posible relación existente entre la conducta del presunto responsable y los hechos que generaron dichos daños. Ello asegurará el derecho de defensa del presunto responsable y así mismo obligará al juez a hacer un examen más detallado de la situación y de la conveniencia de tomar tal decisión. La motivación resulta muy importante si se permite la apelación del auto en cuestión, pues dicha motivación es la que le da luces al juez de segunda instancia para entender el tipo de razonamiento realizado por el *a quo*.

Un tercer cambio que resulta difícil de hacer, supone que en presencia de escenarios verticales, exista la obligación ya sea en cabeza del juez o de la parte de estructurar

en contra del presunto responsable un nuevo texto en el que se consigne un resumen de los hechos que suscitan la acción así como las pretensiones que específicamente se quieran hacer valer en relación con este sujeto, así mismo las pruebas que se pretendan hacer valer en su contra. Creemos que dicho documento logrará salvaguardar el derecho de defensa del presunto responsable.

La ejecución de dicha propuesta no resulta fácil. Si se deja en cabeza del juez la redacción de esta nueva demanda, podría llegar a pensarse que se estaría comprometiendo la imparcialidad del juzgador y que cualquier adjudicación de derechos que surgiera de allí sería perversa. En consecuencia, se estaría en presencia de un posible prejuzgamiento.

Si se deja esta obligación en cabeza del grupo actor, creemos que ello supondría que el juez avisara la existencia de esta situación y le diera un tiempo límite a los actores para que formularan esta nueva demanda y de no hacerlo podría entenderse que se renuncia a la posibilidad de demandar a ese presunto responsable. De otro lado somos conscientes que esta propuesta supone un paso adicional y una mayor demora del proceso pero consideramos que resulta acorde con los postulados constitucionales, con el principio de adjudicación dibujado por las normas de responsabilidad y permite cumplir las finalidades de la norma.

La realización de estas propuestas implica que si son mejores las condiciones en que se vincula a un sujeto como presunto responsable, es probable que los sujetos que puedan encontrarse en circunstancias similares no tomen decisiones extremas para evitar tal vinculación.

D. Manera de hacer efectivos los cambios mencionados:

1. *Suscitar una sentencia de constitucionalidad.*

Una de las formas como creemos que se pueden introducir estos cambios supone que se demande la interpretación que de la misma ha realizado el Consejo de Estado³⁴. Los cargos que podrían tenerse en cuenta para tal fin podrían ser la violación del debido proceso y del derecho a la igualdad.

La Corte Constitucional puede responder acogiendo una de las siguientes tres alternativas: (1) declarando la inconstitucionalidad de la norma en su totalidad y sacándola del ordenamiento jurídico; (2) declarando la constitucionalidad de la interpretación realizada por el Consejo de Estado pero condicionada únicamente a los escenarios horizontales, es decir, en los casos en que se haya señalado mal al demandado o en los cuales exista más de un responsable que tenga la misma naturaleza y características del demandado principal; (3) declarar la constitucionalidad de la norma y no pronunciarse sobre la interpretación realizada por el Consejo de Estado.

De las tres decisiones posibles consideramos que ninguna resulta del todo satisfactoria para lograr los fines que hemos explicado. La primera alternativa supone acoger el régimen procesal del CPC y del CCA, que como explicamos anteriormente no resulta ser una solución deseable por cuanto va en contravía de la tendencia ideológica seguida por las acciones de grupo.

La segunda alternativa aunque resulta ser la más acorde con nuestra intención pero aún así resulta restrictiva pues únicamente

contempla la posibilidad de utilizar la norma en escenarios horizontales.

La tercera alternativa claramente nos deja en la misma situación en que nos encontramos en la actualidad, inclusive podríamos afirmar que en una situación peor por cuanto existiendo una sentencia de constitucionalidad en firme, la única forma para modificar la norma termina siendo la reforma legislativa.

Aunque como ya lo dijimos, ninguna de las alternativas aquí explicadas satisface plenamente los objetivos que buscamos, lo cierto es que a nivel práctico demandar la posible inconstitucionalidad de la disposición jurídica es la solución más fácil de implementar y que genera menos resistencia en nuestro sistema jurídico.

2. *Proponer una reforma legislativa.*

Otra opción para introducir las reformas aquí explicadas puede lograrse presentando un proyecto de ley para que sea debatido en el Congreso. Estos debates suponen también un riesgo en la medida en que producto de ellos puede ser una ampliación excesiva de la norma o una restricción excesiva. De otro lado, por tratarse de una norma de naturaleza procesal, la misma debe ser debatida por quienes tengan un conocimiento profundo del tema procesal y del litigio, cosa que en nuestro Congreso resulta difícil encontrar. Ello para evitar modificaciones a la norma que vuelvan a entrar en contradicción con la tendencia ideológica y con las finalidades que se busca cumplir con la misma. Adicionalmente es claro que una reforma a la ley resulta ser bastante demorada. Por las anteriores consideraciones creemos que esta posibilidad de reforma no resulta ser la más conveniente.

3. Dar un alcance diferente a la primacía del derecho sustancial sobre el formal.

Como explicamos en la primera parte, el Consejo de Estado, asimiló la figura del llamamiento de oficio del presunto responsable al demandado. Tal decisión obedeció a que la regulación dada a la figura por el parágrafo del artículo 52 de la Ley 472 de 1998, era muy escueta y al hecho de que la mencionada ley hace un reenvío normativo al código de procedimiento civil en todo lo no regulado por dicha ley. En realidad lo que hizo el Consejo de Estado fue ver la existencia de una laguna en el ordenamiento y decidió llenarla haciendo uso de la analogía con la norma que encontró más similar a la del presunto responsable cual es la del demandado. Como hemos explicado a lo largo de este texto, tal asimilación tiene consecuencias nefastas que demuestran la necesidad de reconocer que se trata de figuras distintas y, en consecuencia, supone reconocer la existencia de una laguna legal que no puede ser llenada a través del uso de la analogía.

Es por ello que nos atrevemos a afirmar que el Consejo de Estado de manera errónea ha caído en el dogma de la plenitud³⁵ del ordenamiento jurídico al entender que las lagunas que puede presentar el mismo pueden llenarse siempre recurriendo a la analogía³⁶, en este caso, a lo que Norberto Bobbio denomina auto-integración.

En este contexto resulta esencial hacer uso del postulado constitucional consagrado en el artículo 228 de la C.N. que supone que debe primar el derecho sustancial sobre el derecho procesal. Para la Corte Constitucional este postulado opera en el sentido de entender que la norma procesal tiene la finalidad de realizar los derechos reconocidos

en la ley sustancial. Dicha interpretación habilita al juez para inaplicar la norma por considerar que la misma impide hacer efectivo el derecho sustancial, pero no aplicar dicha norma también significa que el juez está adoptando otra forma procesal que le permite hacer efectivo ese derecho³⁷.

Para el caso concreto, consideramos que el Juez de la acción de grupo al enfrentarse a los escenarios explicados debe hacer lo siguiente: en aquellos escenarios en que no resulte conveniente en absoluto, el juez deberá inaplicar la norma, es decir, en el caso concreto retornar al régimen establecido por el CPC y el CCA. En los escenarios en que en cambio resulte útil la norma, olvidar la regulación hecha por analogía de la misma y aplicar una regulación propia y adecuada al caso concreto.

Evidentemente, hacer una aseveración como esta es probable que tenga muchos detractores. Decir que el juez debe conceder un recurso de apelación cuando el mismo no ha sido consagrado en la Ley 472 de 1998 ni en el CPC, y cuando partimos de la idea que el recurso de apelación procede únicamente respecto de los autos para los cuales ha sido consagrado de forma taxativa³⁸, puede no ser de buen recibo. Pero no podemos olvidar que uno de los postulados del Estado social de Derecho, obliga a hacer efectivos los derechos que han sido otorgados. En virtud de esta obligación, se consagra un postulado como el del artículo 228 de la C.N. y si se demuestra, como en el caso concreto que para hacer efectivos los derechos de ambas partes en el proceso las normas procesales vigentes no son efectivas, creemos que debe abrirse paso a la flexibilización del derecho procesal y a la adopción de reglas procesales diferentes.

CONCLUSIONES

1. El llamamiento de oficio del presunto responsable, rompe con la manera como tradicionalmente -entiéndase en vigencia del C.P.C.-, se había entendido la determinación del nexo de causalidad. Dicha determinación pasa de ser potestad exclusiva del actor a ser una potestad compartida con el juez.
2. El análisis económico del derecho aplicado a la norma procesal, objeto de análisis, en escenarios prácticos nos permite concluir si la norma cumple o no las finalidades ideales que la inspiran. Así mismo, nos permite construir una tipología de escenarios horizontales y verticales. En los primeros, el grado de cuidado exigible al presunto responsable es equiparable al del demandado directo. En los segundos, el grado de cuidado exigible al presunto responsable no es comparable con el exigido al demandado.
3. La norma, tal cual ha sido concebida por el legislador y la jurisprudencia del Consejo de Estado, en escenarios verticales, resulta ser ineficiente y genera una adjudicación de derechos indeseable. Esta situación obedece a la manera como el juez construye el nexo de causalidad y al hecho de haber asimilado la figura del presunto responsable a la del demandado directo.
4. La manera más idónea para superar las dificultades identificadas supone un cambio en la mentalidad procesal de los operadores judiciales dando un alcance diferente al postulado de la primacía del derecho sustancial sobre el formal en la aplicación práctica del llamamiento de oficio de otros presuntos responsables.

BIBLIOGRAFÍA

- CALABRESI GUIDO, El Coste de los Accidentes, Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil, Editorial Ariel S.A., España 1984.
- CALABRESI, GUIDO y MELAMED A. DOUGLAS, *Reglas de Propiedad, Reglas de Responsabilidad y de Inalienabilidad: Una vista de la Catedral*, en Estudios Públicos n.º 63, Invierno 1996.
- COOTER ROBERT y ULEN THOMAS, Derecho y Economía, editorial Fondo de Cultura Económica, México.
- FULLER LON L., The forms and Limits of Adjudication, en Harvard Law Review vol. 92:353.
- GIMENO PRESA, María Concepción. Interpretación y Derecho. Análisis de la Obra de RICARDO GUASTINI, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- KELSEN, HANS, *Teoría Pura del Derecho*, editorial Porrúa, México 2007.
- KENNEDY, DUNCAN, *A Semiotics of Legal Argument*, En Collected Courses of the Academy of European Law, Volume III, Book 2, Kluwer Academic Publishers, Netherlands 1994.
- LE TORNEAU PHILIPPE, La Responsabilidad Civil, editorial Legis, Colombia, 2008.
- TAMAYO JARAMILLO JAVIER, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Bogotá, editorial Legis, segunda edición, 2007.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional Sentencia C-1436 de 2000, Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.
- Corte Constitucional Sentencia C-426 de 2002, Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.
- Corte Constitucional Sentencia C-207 de 2003, Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR

GIL.

Corte Constitucional T-191 de 2009, Magistrado Ponente: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C-309 de 2009 Magistrado Ponente: Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Auto del 13 de diciembre de 2007. Número de Radicación: 680012315000200300215 01 (AP) Consejero Ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Auto de fecha septiembre cuatro (4) de dos mil ocho (2008), expediente: (AG) 250002327000200600422 01.

Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., Auto de fecha primero (1) de octubre de dos mil ocho (2008) Radicación número: 76001-23-31-000-2005-02076-01(AG).

Legislación y otros

Gaceta del Congreso n.º 167 de fecha mayo 28 de 1997.

Código de Procedimiento Civil.

Código Contencioso Administrativo.

Ley 472 de 1998.

* Contexto: Revista de Derecho y Economía, n.º 30, 2010, pp. 9 a 30.

1 Artículo Ganador del Primer Concurso JOSÉ IGNACIO DE MÁRQUEZ JUNIOR-Universidad Externado de Colombia, septiembre de 2009.

2 El párrafo del artículo 52 de la ley 472 de 1998 consagra la figura del llamamiento de oficio de otros presuntos responsables en los siguientes términos: Artículo 52º. (...) *Parágrafo.- La demanda se dirigirá contra el presunto responsable del hecho u omisión*

que la motiva, el cual debe ser determinado. No obstante, cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables, el juez de primera instancia, de oficio ordenará su citación.

3 El Teorema de COASE plantea que: "Cuando los costos de transacción son nulos, un uso eficiente de los recursos proviene de la negociación privada, cualquiera que sea la asignación legal de los derechos"

COASE entiende por costos de transacción todos aquellos impedimentos de la negociación y los clasifica en tres clases: 1) costos de la búsqueda, 2) costos del arreglo y 3) costos de la ejecución. En cambio "Cuando los costos de transacción son lo suficientemente elevados para impedir la negociación, el uso eficiente de los recursos dependerá de la manera en que se asignen los derechos", lo cual implica como consecuencia el que en este último caso la ley logre prever una solución eficiente y en esa medida constituye lo que COOTER y ULEN denominan la regla legal apropiada.

4 Ver Sentencia Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., primero (1) de octubre de dos mil ocho (2008) Radicación número: 76001-23-31-000-2005-02076-01(AG)

5 La expresión disposición normativa la tomamos en el sentido dado a la misma por RICARDO GUASTINI, quien la diferencia de forma expresa de la norma, en los siguientes términos: "norma significa formulación normativa (enunciado normativo, disposición normativa): un enunciado lingüístico de las fuentes no interpretado aún y considerado independientemente de su interpretación. En segundo sentido, igualmente empleado en el uso corriente de los juristas, norma significa una formulación normativa interpretada, o sea, el contenido de significado de una formulación normativa: esto es, lo que yo propongo llamar norma en sentido estricto". GIMENO PRESA, MARÍA CONCEPCIÓN. Interpretación y Derecho. Análisis de la Obra de RICARDO GUASTINI, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 45.

6 Sobre el particular DUNCAN KENNEDY afirma: "In the article, I identify what I claim are the stereotyped "argument bites" that legal reasoners use when the legal issue is one that permits reference to the policies or purpose or underlying objectives of the legal order, rather than a legal issue that can be satisfactorily resolved through deductive rule application or by reference to binding precedent. It is crucial to understanding the article that it is about the choice between two definitions of an ambiguous rule, or between two possible solutions to a gap between rules, or between two conflicting rules. It is not about the application of rule to facts".

- KENNEDY, DUNCAN, *A Semiotics of Legal Argument*, En *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. III, Book 2, Kluwer Academic Publishers, Netherlands 1994, p. 319.
- 7 Vale la pena recordar que la figura del llamamiento de oficio del presunto responsable ha sido consagrada.
 - 8 Ver Auto Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, 13 de diciembre de 2007. Número de Radicación: 680012315000200300215 01 (AP)
 - 9 Ver Gaceta del Congreso No 167 de fecha mayo 28 de 1997.
 - 10 "En las propuestas de FUNDEPÚBLICO y la ANDI se hacen sugerencias muy importantes que se acogen. En primer lugar la incorporación de la identificación del demandado (...)" En Gaceta del Congreso n.º 167 de fecha mayo 28 de 1997. p.2.
 - 11 Artículo 52º.- *Requisitos de la Demanda*. La demanda mediante la cual se ejerza una acción de grupo deberá reunir los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil o en el Código Contencioso Administrativo, según el caso, y además expresar en ella:
 1. El nombre del apoderado o apoderados, anexo al poder legalmente conferido.
 2. La identificación de los poderdantes, identificado sus nombres, documentos de identidad y domicilio.
 3. El estimativo del valor de perjuicios que se hubieren ocasionado por la eventual vulneración.
 4. Si no fuere posible proporcionar el nombre de todos los individuos de un mismo grupo, expresar los criterios para identificarlos y definir el grupo.
 5. La identificación del demandado.
 6. La justificación sobre la procedencia de la acción de grupo en los términos de los artículos 3 y 49 de la presente Ley.
 7. Los hechos de la demanda y las pruebas que se pretendan hacer valer dentro del proceso. Parágrafo.- La demanda se dirigirá contra el presunto responsable del hecho u omisión que la motiva, el cual debe ser determinado. No obstante, cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables, el juez de primera instancia, de oficio ordenará su citación.
 - 12 Esta postura la encontramos en el auto del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Consejero Ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, de fecha septiembre cuatro (4) de dos mil ocho (2008), expediente: (AG) 250002327000200600422 01. En este auto se declara la nulidad de un auto proferido por la misma corporación en donde, en principio, se admitía el recurso de apelación en contra del auto que vinculaba en calidad de presuntos responsables a una entidad financiera al proceso. Para declarar tal nulidad, el Consejo de Estado adujo la falta de competencia funcional para conocer de la decisión tomada por el juez de primera instancia. La falta de competencia funcional es un concepto que corresponde a la etapa procesal en la que se pueden tomar ciertas decisiones, con base en dicho argumento el Consejo de Estado consideró que la vinculación de otros presuntos responsables era una decisión que correspondía exclusivamente al juez de primera instancia y tal decisión era discrecional.
 - 13 No obstante esta postura, desde 1999 el doctor JAVIER TAMAYO JARAMILLO, en su libro "Acciones Populares y de Grupo en la Responsabilidad Civil" consideró que para poder llamar como presunto responsable a una persona el juez debería someter su decisión al cumplimiento de una serie de requisitos incluyendo el que el juez tenga un indicio "más o menos serio que comprometa la responsabilidad de esas nuevas personas" y que solo se pueda "citar a quienes por un mismo motivo o causa jurídica sean responsables". Lo anterior supone una labor activa del juez quien, en primera instancia deberá dilucidar cuál es la causa del daño, es decir los hechos de la demanda y si de los hechos narrados puede inferirse que en la comisión de los daños intervinieron otras personas además de las demandadas por los actores. Pero dicha conclusión debe obedecer no al simple hecho de que los actores hayan mencionado a otras personas sino que el juez debe contar con elementos mucho más concretos.
 - 14 El Consejo de Estado contempló tres posibilidades: 1. Asimilar la figura del presunto responsable con la del litisconsorte necesario; 2. Asimilar la figura mencionada con la del tercero; 3. Asimilar la figura con la del demandado directo o principal.
 - 15 Por *demandado principal o directo* entendemos el individuo que ha sido demandado directamente por el actor.
 - 16 Esto es algo que podemos notar en muchas acciones de grupo, en donde, en principio, el hecho origen del daño identificado por el juez es uno pero luego, ya sea en la segunda instancia o al resolverse una tutela ante la Corte Constitucional, se entiende que el hecho origen del daño es otro. Ejemplo de lo que hemos dicho es la sentencia de tutela T-191 de 2009. En ella se estudiaron dos

- decisiones judiciales; una, proferida por el juzgado administrativo y la otra, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, conforme a las cuales se decretaba la caducidad de la acción por haber transcurrido más de dos años desde el acaecimiento del hecho generador de los perjuicios cual era la expedición de la licencia de construcción por parte del distrito. Cuando en realidad, "la causa del daño cuya indemnización se reclamaba no había cesado, por el contrario la acción vulnerante causante del mismo continuaba aun después de presentada la demanda (inundaciones y progresivo incremento de contaminación por el Río Fucha, humedades, etc.), tal y como lo ratificaba el acervo probatorio recaudado por los peritos del proceso". En este caso, el juez infirió que el hecho origen del daño era la expedición de la licencia cuando en realidad el hecho fue el haber permitido la construcción en esa zona, situación que seguía generando los perjuicios cuya indemnización se pretende. (Ver Sentencia Corte Constitucional T-191 de 2009, Magistrado Ponente: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Bogotá, D.C., veinte (20) de marzo de 2009)
- 17 "Cuando el derecho tiene que ser aplicado por un órgano jurídico, este tiene que establecer el sentido de la norma que aplicará, tiene que interpretar esas normas. La interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior". KELSEN, HANS, *Teoría Pura del Derecho*, editorial Porrúa, México 2007, p 349.
- 18 Entiéndase, la manera como se interprete la norma procesal.
- 19 Hacemos referencia a la culpa por cuanto nuestro régimen de responsabilidad es prevalentemente subjetivo.
- 20 Sobre el particular CALABRESI y MELAMED afirman: "La pérdida recaerá sobre la otra parte cuando el Estado ha otorgado el derecho a compensación e interviene para evitar que el autor de los daños que es más fuerte, rechace las demandas de compensación por parte de la víctima". CALABRESI, GUIDO y MELAMED A. DOUGLAS, *Reglas de Propiedad, Reglas de Responsabilidad y de Inalienabilidad. Una vista de la Catedral*, en Estudios Públicos n.º 63, Invierno 1996.
- 21 "La eficiencia económica exige aquella combinación de derechos para involucrarse en actividades riesgosas, y para estar a salvo del daño que estas arriesgan, que con mayor probabilidad conducirá a la menor cantidad de accidentes y al menor costo de prevención de los mismos". *Ibíd.* p 353.
- 23 "Aquellas preferencias que no pueden ser explicadas con facilidad en términos de esas escasas preferencias distributivas ampliamente aceptadas o en términos de eficiencia son llamadas razones de justicia". *Ibíd.* p. 365.
- 24 "La función principal de la responsabilidad civil es la de reducir la suma de los costes de los accidentes y de los costes de evitarlos. (...) Este cometido de reducir los costes o las pérdidas comprende tres fines. El primero es la reducción del número y de la gravedad de los accidentes. Se trata de una reducción <<primaria>> de los costes de los accidentes que puede lograrse mediante dos formas básicas: prohibiendo actos específicos o encareciendo el ejercicio de esas actividades. (...) El segundo fin es una reducción de costes que no afecta ni al número de los accidentes ni su gravedad sino los costes sociales derivados de los mismos. (...) La reducción del coste secundario de los accidentes puede alcanzarse mediante dos métodos (...): el método de fraccionar el riesgo (o la pérdida), y el método de la <<bueno bolsa>> (<<deep pocket>>) El tercer fin comprendido en la reducción del coste de los accidentes es, a pesar de su naturaleza algo quijotesca, de gran importancia. Se refiere a la reducción de los costes de administrar el tratamiento de los accidentes". CALABRESI GUIDO, *El Coste de los Accidentes, Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Editorial Ariel S.A., España 1984 pp. 44 y 45
- En este mismo sentido PHILIPPE LE TORNEAU afirma: "La responsabilidad civil es la obligación de responder ante la justicia por un daño y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima. Su objetivo principal es la reparación, que consiste en restablecer el equilibrio que había sido roto, por el autor del daño, entre su patrimonio y el de la víctima; presenta también un aspecto preventivo (que conduce a los ciudadanos a actuar con prudencia, a fin de evitar el compromiso de su responsabilidad). (...) la primera función de la responsabilidad subjetiva es la de prevenir los daños más que la de repararlos". LE TORNEAU PHILIPPE, *La Responsabilidad Civil*, editorial Legis, Colombia, 2008, pp. 21 y 32.
- 25 Esta finalidad fue identificada por el Consejo de Estado pero fue redactada en los siguientes términos: (i) procura evitar que los procesos concluyan con sentencias denegatorias de las pretensiones, a pesar de haberse acreditado la existencia del daño causado al grupo con una causa común, sólo por haberse errado en la demanda al señalar a los responsables de dicho daño, cuando desde el principio podía advertirse cuáles eran los sujetos presuntamente responsables del mismo.
- Adicionalmente, el Consejo de Estado identificó entre las finalidades de la norma, una que consagra en realidad el método del fraccionamiento usado para lograr el cumplimiento de la finalidad indemnizatoria.
- (ii) en los eventos en los cuales los daños han sido causados por una pluralidad de sujetos podrá obtenerse con mayores probabilidades la satisfacción de la indemnización en cuanto

- habrá varios patrimonios comprometidos. (ver Auto Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., primero (1) de octubre de dos mil ocho (2008) Radicación número: (AG)76001-23-31-000-2005-02076-01)
- 26 Esta idea tiene como fundamento la teoría de la disminución de la utilidad marginal del dinero, que en palabras de CALABRESI supone que: "es mejor quitar cien pesetas a un rico que a un pobre y, en consecuencia, el transferir las pérdidas de los pobres a los ricos es por sí mismo algo bueno". CALABRESI GUIDO, *El Coste de los Accidentes*, Análisis Económico y Jurídico de la Responsabilidad Civil, Editorial Ariel S.A, Barcelona, 1984, p.56.
- 27 Esta finalidad también fue identificada por el Consejo de Estado y redactada en los siguientes términos: "(iii) *redunda en beneficio de la Administración de Justicia, para evitar que se adelanten procesos, por lo regular voluminosos y dispendiosos, que terminen con decisiones meramente formales, como consecuencia de vicios que pudieron corregirse oportunamente*" (ver Auto Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., primero (1) de octubre de dos mil ocho (2008) Radicación número: (AG)76001-23-31-000-2005-02076-01)
- 28 LE TOURNEAU, PHILLIPPE, *La Responsabilidad Civil*, editorial Legis, p. 21.
- 29 Uso la expresión "formal" de la misma manera en que lo hace el Consejo de Estado al referirse a los fines que cumple la figura del llamamiento de oficio del presunto responsable, es decir, para indicar un proceso en el que se logra demostrar la ocurrencia de unos daños que no debían ser soportados por el grupo pero que no fueron cometidos por el demandado, razón por la cual no puede obtenerse una sentencia condenatoria y no puede obtenerse la reparación de las víctimas.
- 30 Existen varias teorías de la causalidad pero por motivos prácticos tendremos en cuenta dos de las más significativas y entre las cuales se ha movido nuestra jurisprudencia. La primera de ellas es la teoría de la equivalencia de las condiciones: "según esta teoría, todos los elementos que han condicionado el daño son equivalentes. Faltando cualquiera de ellos, el daño no se habría producido. Por lo tanto si todos son condiciones del daño, todos son causa del mismo". La crítica que se le formula a esta teoría es que: "Mientras la cadena más se extienda, la causalidad deviene más aleatoria y su determinación adivinatoria". La segunda teoría es la de la causalidad adecuada:
- "Esta teoría (...) no admite que todos los antecedentes de un daño jueguen un mismo papel. (...) hay causalidad adecuada cuando una condición es por naturaleza, en el curso habitual de las cosas y según la experiencia de la vida, capaz de producir el efecto que se ha realizado". La crítica que se le formula a esta teoría es que: "El carácter totalmente artificial y abstracto del examen retroactivo debería bastar para no admitir esta teoría si no es con prudencia y circunspección". LE TORNEAU PHILIPPE, *La Responsabilidad Civil*, Colombia, editorial Legis, 2008, pp. 78 a 83.
- El doctor Tamayo, considera que en el último tiempo, la teoría de la causalidad adecuada ha sido la tendencia acogida mayoritariamente por nuestras altas Cortes (Ver TAMAYO JARAMILLO JAVIER, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Bogotá, editorial Legis, segunda edición, 2007, p. 380 y ss...)
- 31 LE TOURNEAU PHILIPPE, *La Responsabilidad Civil*, Colombia, editorial Legis, 2008, p. 83.
- 32 *Ibid.*
- 33 "The essence of a judge's office is that he shall be impartial, that he is to sit apart, is not to interfere voluntarily in affairs but is to determine cases which are presented to him. To use the phrase of the English Ecclesiastical courts, the office of the judge must be promoted by someone. (...) Certainly it is clear that the integrity of adjudication is paired if the arbiter not only initiates the proceeding but also in advance of the public hearing, forms theories about what happened and conduct his own factual inquiries". FULLER LON L., *The forms and Limits of Adjudication* in HARVARD LAW REVIEW vol. 92:353, pp. 385 a 386
- 34 Ver sentencias Corte Constitucional C-1436 de 2000, C-426 de 2002, C-207 de 2003 y C-309 de 2009. En dichas providencias, la Corte Constitucional procedió a realizar el control constitucional sobre la interpretación que realizan los jueces de las normas.
- 35 El dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico ha sido definido como: "el principio que afirma que el ordenamiento jurídico debe ser completo para que en todo caso pueda ofrecer al juez una solución sin tener que recurrir a la equidad" Así mismo se ha considerado que "ha sido dominante y lo es todavía hoy en parte de la teoría jurídica continental de origen romanista. Algunos lo consideran como uno de los aspectos sobresalientes del positivismo jurídico". BOBBIO NORBERTO, *Teoría General del Derecho*, editorial Temis, 2002, p. 211.
- 36 Sobre el particular cabe recordar lo afirmado por la Corte Constitucional: "La analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican

y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma" (Negrilla por fuera del texto original) Sentencia Corte Constitucional C-083-95, Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ Santafé de Bogotá, D.C., 1º de marzo de 1995.

- 37 Ejemplo claro de esto lo encontramos en la Sentencia C-646-02. En dicha providencia la Corte Constitucional tuvo que decidir sobre la constitucionalidad del artículo 142 del Decreto 01 de 1984 que obligaba al actor a presentar personalmente la demanda ante el secretario del tribunal a quien se dirija. El Consejo de Estado desde antes que la Corte Constitucional declarara la inexecutable de la norma, decidió no aplicarla en algunos de los casos, admitiendo que la presentación personal de la demanda pudiera hacerse ante notario u otro juez. Esto supone que el Consejo de Estado, en pro de hacer efectivo el acceso a

la administración de justicia, adopte una regla más amplia que tienda a facilitar la ejecución de dicho derecho, en este caso la misma norma que consagra el Art. 84 del CPC.

- 38 *"Ahora bien, como el artículo 68 dispone que en los aspectos no regulados en esta ley, se aplicarán a las acciones de grupo las normas del Código de Procedimiento Civil, es procedente dar aplicación al artículo 354 de este ordenamiento"* Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda - Subsección "A" Sala De Decisión Consejera Ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO Santa Fe de Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil (2000), Radicación número: AP-014.